第 38 卷第 4 期
2008 年 7 月

浙 江 大 学 学 报(人文社会科学版)
Journal of Zhejiang University(Humanities and Social Sciences)

Vol.38, No.4
July 2008

DOI: 10.3785/j.issn.1008-942X.2008.04.005

劳动法律与人力资源管理的和谐共存

董保华
(华东政法大学 政治学与公共管理学院,上海 200062)

[摘 要]《劳动合同法》在起草过程中出现了劳动法与人力资源管理理论的社会属性以及相互关系的争论。争论主要集中在是否能够用劳动法来否认人力资源管理的存在和是否应该将人力资源管理作为劳动法的指导思想两个焦点上。这场争论的实质是劳动法律是否应当给人力资源管理留下足够的空间。一些学者在保护劳动者的旗帜下,希望通过国家管制的方式,压缩社会空间。在劳动法律和人力资源管理之间,应当厘清三个关系,即道德责任与法律责任不应相互替代、公权干预与私权规范要有合理的界限、国家本位与社会本位不应混淆。劳动法律所要纠正的是一种由于从属关系而产生的"不正当的结果",而不是要去改变从属性本身,这是我国劳动立法应当把握的基本尺度。劳动立法不应堵塞企业人力资源管理的空间,而是应通过完善企业社会责任和加强工会力量,使两者产生良性竞争来规范这个空间的发展。劳动法律与人力资源管理和谐共存才是劳动关系和谐的基础。

[关键词]劳动法律;人力资源管理;企业社会责任;国家管制

Harmonious Coexistence of Labor Laws and Human Resources Management

Dong Baohua
(*School of Politics and Public Managements, East China University of Political Science and Law, Shanghai* 200062, *China*)

Abstract: During the legislation of "Employment Contract Law", disputes arose as to the social attribute of labor laws and theories of human resources management and the inter-relation between the two. The arguments focused on whether the implementation of labor laws obscures the existence of human resources management and whether human resources management could be adopted as the guideline of labor laws. The key point of these arguments is whether sufficient space should be left for human resources instead of being taken by labor laws at all. In the name of protecting laborers, some scholars hope to compress social space with state regulation.

In comparing labor laws and human resources management, three relations should be defined: moral responsibility and legal responsibility should not be inter-replaced; state intervention should have a reasonable boundary with rule of private right and national interest should not be confused with social interests. A basic principle of labor law legislation is that the purpose of labor law is to rectify the "unjust outcome" from the "master-servant" relation other than to change the relation itself. The legislation shall not block the development for human

[收稿日期]2008-03-07

[作者简介]董保华,男,华东政法大学政治学与公共管理学院教授,博士生导师,主要从事劳动法学和劳动关系方面的研究。

resources management but prompt the competition between the enterprises and labor unions for standardizing development by perfecting social responsibility of the enterprises and strengthening the power of labor unions. The harmonious coexistence of labor laws and human resources management is the foundation of the labor relations.

Key words: labor laws; human resources management; enterprise social responsibility; state regulation

2006年,《中华人民共和国劳动合同法(草案)》向社会公开征求意见,笔者曾撰文对劳动合同法草案提出了一些质疑,并在第一时间以书面形式向全国人大递交了长篇意见①。让笔者未曾预料的是,笔者在这篇文章中的一小段话却引发了劳动法学界的争论。

笔者认为,《劳动合同法(草案)》"将大量的强制标准借助行政管制的力量,伸入企业的管理空间,从而使用人单位的管理空间大大压缩。当用人单位没有基本的管理权时,企业也将从追求效率的市场主体变为实现公益目标的安置机构。国外先进的人力资源管理模式与中国的劳动法律制度将发生全面的碰撞"[1]48。许多劳动法学者也纷纷就劳动法与人力资源管理理论的社会属性以及相互关系进行了讨论。

一、劳动法律与人力资源管理理论的社会属性

笔者这段"劳动法律应当为人力资源管理留出空间"的论述遭致一批劳动法学者的激烈批评,他们认为这是"对劳动法的挑战",犯了"方向性错误","难逃资方代言人之嫌","立场昭然若揭"。更有学者认为,笔者的主张若要实现,"除非废除劳动法,回到民法调整时代"[2]31。这种批评基本上是以我国劳动法学界广为流传的"劳资冲突说"为依据的。

劳动者在劳动过程中与用人单位发生的关系,《中华人民共和国劳动法》称之为劳动关系,随着劳动合同法的争鸣,这一称谓正在一些学者的笔下发生着某种变化。主张"劳资冲突说"的学者正在用"劳资关系"的称谓来取代"劳动关系"。我国台湾地区学者黄越钦早就指出:劳动关系、劳资关系、劳雇关系、劳使关系这四个概念具有不同的含义,尤其是劳动关系与劳资关系所要强调的内容是完全不同的。劳动关系是"以劳动为中心所展开,着重在劳动力、劳动者为本位的思考"[3]19。劳资关系则强调阶级冲突,"含有对立意味,因为劳方资方的界限分明,其所展开的关系自然包含一致性与冲突性在内"②。将"劳动关系"的概念改造成"劳资关系",是为了强调"产权结构中私产已经占据相当大的地位"[4]20,"过分地剥削工人"[5]。笔者认为,以阶级冲突的方式来认识劳动关系是不理智的。一些以私有制为基本经济特征的国家从社会稳定出发,也尽量回避劳资对立的提法,如日本称为劳雇关系。

我国持"劳资冲突说"的学者故意将劳动关系改造成劳资关系,以强调我国正在出现两种值得关注的趋势:"有产者阶层不仅在经济上的权利和地位不断飙升",而"劳动者的权利和地位处于不断下降的趋势中"[6]26。这些学者认为,有产者作为一个整体与劳动者这一整体,处在此消彼长、尖

① 这一书面意见后被媒体称为万言书。内容可参见田享华《劳动合同法草案立法组成员准备递交万言书》,载《第一财经日报》2006年3月22日;董保华《锦上添花抑或雪中送炭——析〈中华人民共和国劳动合同法(草案)〉的基本定位》,载《法商研究》2006年第3期,第46-53页。

② 黄越钦还认为:"劳雇关系:以雇佣的法律关系为基础,重点在权利义务之结构;劳使关系:将所有的价值意味予以排除,只剩下技术性涵义。"参见黄越钦《劳动法论》,(台北)政治大学劳工研究所1993年修订版,第9页。

锐对立的状态，“劳资矛盾越来越激化……劳资冲突已经成为社会最突出的问题”[6]27。这些学者所称的“劳资冲突”也是一种阶级冲突。“按照马克思主义的基本理论，劳资关系的实质是阶级关系。”“目前在我国国有企业劳动关系并不是阶级关系，但在私有制的企业中，劳动关系即是劳资关系，具有明显的阶级关系的性质。这种劳资矛盾的性质，并不会因为我们在主观上不予承认便不存在。”[7]27在“劳资冲突”的思维中，劳动法律被定义为姓“劳”，人力资源管理被定义为姓“资”。

劳动法律被定义为姓“劳”。“劳资冲突说”将劳动法的原则概括为单保护原则，即保护劳动者原则，强调这是与民法区别的关键原则[8]，并将劳动合同立法理解为侵权立法，以强调劳动合同法姓“劳”的特点。“从立法假设的角度来看，劳动法是将雇主设定为侵害劳动者权利、引发劳资冲突的最直接主体而来构建法律体制的。因而，劳动法对于雇主而言更多的是限制而不是保护。”[8]33

人力资源管理被定义为姓“资”。按此种思维，从人力资源出发评价《劳动合同法》就等于站在资方立场上评价。“常凯认为：这是从人力资源出发批判《劳动合同法》得出的结论。这么做就等于完全站在资方的立场理解劳动合同法。如果完全照此，劳动合同法就变成‘工人管理法’了，这是方向性错误。”[5]“以人力资源管理理论评价劳动法的现象，形成了对劳动法的挑战”[9]，“看似‘公允’的言论，似乎难逃资方代言人之嫌”[10]，“尽管有学者声称无意成为劳方或资方代言人，但其立场昭然若揭”[11]19。

学者的观点要归入或劳或资中做一个阶级定性，这是一种久违的现象，批评者使用的也是一种久违了的语言！然而，令人遗憾的是，批评者的观点竟然成为劳动法学界的主流观点，并对我国的劳动合同立法（尤其是曾公开讨论的一审稿）产生了实际的影响。依笔者看来，劳动合同法不姓“劳”，人力资源管理也不姓“资”，两者之间的关系更不会成为阶级对立的关系。

劳动法以劳动关系作为自己的调整对象，劳动关系本身就是用人单位与劳动者之间的关系，也必然对双方的利益进行保护。劳动关系中由于存在着强资本、弱劳工的情形，劳动法以倾斜立法作为自己的基本原则。在立法利益的分配上，劳动法也只是限定在“倾斜”上，仍给当事人的协商留出充分的余地。劳动合同法在法律规范上，仍应强调任意性规范的重要性。这些任意性规范与民法相比，又有其自身的特点，受到劳动基准法中强制性规范的严格限制。劳动合同法作为规范用人单位与劳动者之间劳动合同订立、履行、终止、变更、解除的法律，不能将其视为侵权法，也不能将劳动合同法理解为单保护。《劳动合同法》第 1 条最终的表述是：“为了完善劳动合同制度，明确劳动合同双方当事人的权利和义务，保护劳动者的合法权益，构建和发展和谐稳定的劳动关系，制定本法。”这显然兼顾了两个方面。其中，“明确劳动合同双方当事人的权利和义务”是在强调用人单位与劳动者双方各自有其权利义务，凡权利本身就是法律应当保护的，应算是“保护双方当事人权利”的表达；“保护劳动者的合法权益”应当理解为双保护基础上的重点保护，其实也就是“倾斜保护”。

至于人力资源，根据考证，“在我国，最早使用人力资源概念的文献是毛泽东于 1956 年为《中国农村社会主义高潮》所写的按语。在按语中他写道，中国的妇女是一种伟大的人力资源，必须发掘这种资源，为建设一个社会主义中国而奋斗”[12]5。可见，哪怕从意识形态的角度看，无产阶级也需要人力资源管理。

当然，笔者并不赞成从意识形态的角度来认识人力资源管理。人力资源管理作为一种管理科学是全人类的共同财富。企业拥有四大资源，即人力资源、物质资源、财力资源和信息资源。这四种资源恐怕很难说是姓“劳”还是姓“资”，社会主义建设无法用空手道来完成。其中，物质资源、财力资源和信息资源的利用归根到底是通过与人力资源的结合而实现的，其实现的好坏主要取决于人力资源中人力资本的利用程度以及人力资源的质量[13]7。“人力资源管理是一种管理员工关系的战略方法，它强调开发人的潜力对获取持续竞争优势至关重要，通过结合各种员工政策、活动和实践获得这种优势。”[14]6如果我们放弃人力资源管理，那么其他三种资源也不可能真正发挥作用，

劳动者的利益也不可能得到实现。

人力资源管理作为企业的一种职能性管理活动的提出,最早源于工业关系和社会学家怀特·巴克于1958年发表的《人力资源功能》一书,该书首次将人力资源管理作为管理的普遍职能来加以讨论[15]3。当代著名管理学家、美国学者彼得·德鲁克曾经说过:“科技与管理是现代文明社会的两大车轮。管理在20世纪兴起,是历史中的一个关键事件。在人类历史上,还很少有什么事比管理的出现和发展更为迅猛,对人类具有更为重大和更为激烈的影响。”现代管理学方面,西方经济发达国家有着更为丰富的理论和实践基础。西方先进的管理理念确有很多值得我们借鉴的地方,管理科学的发展状况关系到国家的竞争力。如果我们以各种各样的理由拒绝管理理论和管理实践,将在未来激烈的竞争中付出巨大代价。

二、劳动法律与人力资源管理理论的相互关系

一些劳动法学者从劳动法与人力资源管理的阶级属性出发,引申出劳动法与人力资源管理相互关系的争议问题:其一,在是否可以用人力资源管理理论来评价劳动法时,讨论得出了人力资源管理的否定说;其二,在是否可以用人力资源管理作为劳动法指导思想时,讨论得出了人力资源管理的肯定说。表面看来这是两种截然相反的学说,然而稍加分析,便会发现这是两种“同根”的理论,也走向“同果”的归宿。

(一)是否可以用人力资源管理理论来评价劳动法

一些学者认为,中国的人力资源管理必须在劳动合同法的规范下进一步完善,而不能用现有的人力资源管理理念评判《劳动合同法》[8]。在论述过程中,得出了“人力资源管理的否定说”。

一些学者认为:“人力资源的目标是增加企业竞争力,是企业管理工人的一种办法,绩效管理是让工人多干活,薪酬管理就是如何少发工资。”“我们国家的人力资源管理基本上不研究劳资关系,完全是单向度研究如何管理工人。”“常凯:人力资源管理与劳动法是两个不同的价值体系,人力资源管理的目标追求是增强企业竞争力,劳动法律的目标追求则是实现劳资力量的平衡。用人力资源管理来评判劳动合同法是本末倒置,应该依据劳动合同法来改进完善人力资源管理。”[5]这种观点其实和“姓劳姓资”的思维模式一脉相承,劳动法律姓“劳”自然也就姓“社”,人力资源管理姓“资”。这些学者认为,劳动法学应当具有学科的优势地位。只有劳动法学可以评判人力资源管理,而反过来则不行。

法律科学与管理科学确实是两门学科,但任何学科都应当是平等的,可以相互借鉴和批评。管理固然不是万能的,法律也不是万能的,两者应当有自己的边界。劳动合同法讨论的是两者的边界应当如何确定。为什么可以从劳动法学角度进行评价而不能从管理科学的角度进行探讨呢?只有我的学科可以干预、评价你的学科,反之则不行,这种论述本身就说明一些学者的狭隘。劳动法是社会法的组成部分,社会法作为一门综合学科,是以兼收并蓄为其基本特点的。而狭隘的学术观则与社会法的研究方法格格不入。

在论证过程中,这些学者得出了“人力资源管理的否定说”,也充分暴露出他们对其他学科缺乏基本的了解。当代人力资源管理日益强调以人为本,绝不能用“绩效管理是让工人多干活,薪酬管理就是如何少发工资”来概括。在市场经济越来越发达的今天,人才的竞争是企业竞争的核心,人力资源开发成为企业发展的关键,企业与员工之间的沟通也越来越成为人力资源管理的基本方法。人力资源管理并不“完全是单向度研究如何管理工人”。加里·德斯勒认为,人力资源管理是指为了完成管理工作中涉及的人或人事方面的任务所需要掌握的各种管理和方针政策。具体来说,就

是聘用、培训、评估、鼓励和为员工提供一个安全、公平的工作环境[16]3。

尽管劳动合同立法最终并未接受劳动合同立法的单保护观点，但这种只有劳动法学可以评价人力资源管理，反之不行的理论，以及对人力资源管理的否定性评价，最终还是影响了我国劳动合同立法中一些具体的制度设计，导致部分世界通行的人力资源管理方法在我国被禁止。

（二）是否可以用人力资源管理作为劳动法指导思想

在众多对笔者的批评声中，有一种观点较为独特。它一方面强调所谓劳方、资方的阶级立场[11]，另一方面又主张将现代人力资源管理理论“作为劳动合同立法指导理论”。在论述过程中，得出的似乎是“人力资源管理的肯定说”，其实是借人力资源管理的法律化来否认人力资源管理的存在 。

一些学者在论证“现代人力资源管理理论具有作为劳动合同立法指导理论的可行性”时认为：“劳动合同法既是劳动关系协调法，又是人力资源配置法，保护劳动者和提高人力资源配置效率是其双重目标。故追求人力资源配置效率的现代人力资源管理理论，既符合劳动合同法作为人力资源配置法的要求，也可在一定程度上与劳动合同法保护劳动者的目标相容。”[11]22在具体论述时，将公开讨论的《劳动合同法（草案）》（一审稿）中备受争议的内容（之后大部分被修改）均冠以人力资源管理的名义，例如，规章制度制定过程中的员工主导（原草案第 51 条），加强解雇保护的措施、服务期的过严限制（原草案第 15 条），劳动力派遣的严格管制（原草案第 40 条）。这些在法律科学中无法讲通的内容，均作为所谓现代人力资源管理中承担社会责任的措施而要求法律予以纳入。

表面看来，这种理论似乎与“姓劳姓资”的其他理论相反，非但不拒绝管理科学对于劳动法的评价，甚至将其视为自己的指导理论。如果这只是想强调立法应当考虑管理的要求，这无疑是正确的。可惜的是，这种观点的真正用意是要将企业的社会责任统统作为法律责任，将劳动合同法改造成人力资源配置法。

这种观点认为：“在现代人力资源管理理论中，下述观点已成为共识：员工重于利润，人力资源是企业制胜的关键；充分开发、利用智力资本是企业强大的竞争利器，对员工的使用应当与培训、开发相结合等等。这些观点已与劳动关系理论的追求趋同。可见，现代人力资源管理理论具有作为劳动合同立法指导理论的可行性。”[11]22这些人力资源管理的理念是否能直接变成法律规定呢？结论应当是否定的。劳动法作为一种底线性管理，对于一些企业目标的选择是不应当加以干预的。例如，只要企业遵守法律规定，那么，该企业是通过减少员工增加利润，还是增加员工减少利润；增加智力资本投入，还是减少智力资本投入；强调培训，还是不强调培训；甚至于重视人力资源管理，还是不重视人力资源管理，这些都只能由企业自主选择，法律并不能直接涉入这些目标的确定。

那种认为“劳动合同法既是劳动关系协调法，又是人力资源配置法”观点的核心，是将“劳动关系协调法”改造成“人力资源配置法”。其用意是要将企业应当作为管理科学的内容直接规定为法律义务。管理科学本身是建立在多样性基础上的，不同的企业有不同的文化，不同的管理模式，也可作出不同的目标选择；法律作为国家意志的体现，具有强制性与唯一性。如果我们以法律规定将所有的空间统统填塞，就等于从根本上取消了人力资源管理，其实也就回到我国计划经济时代。如果劳动合同法与人力资源管理的空间完全重合，甚至于通过法律来进行人力资源配置，国家行为与企业行为就会完全重合，最终必然是国家行为吞没企业行为，劳动合同法倒真成“工人管理法”了。

（三）两种理论殊途同归

以上“人力资源管理的否定说”、“人力资源管理的肯定说”两种理论在对“企业社会责任”进行改造的想法下，实现了殊途同归。就前一种理论而言，对人力资源管理持否定态度，对社会责任也

持否定态度,对企业社会责任运动的评价是“这一运动在中国或者只是走走过场,成为跨国公司和相关企业的‘形象工程’;或者由于这种欺骗和压制工人的做法,更加激化劳资矛盾,反而影响企业和社会的稳定和发展”。这些学者主张以劳动法对企业社会责任进行某种中国式的改造,“将企业社会责任运动纳入我国的劳动法制轨道”。“企业社会责任实质上是企业的法律责任,这一法律责任主要是指企业在劳动法律关系中所承担的义务。”[17]27 就后一种理论而言,对人力资源管理持肯定态度,前提是将这种社会责任法律化,纳入劳动法律的规范。两种理论实际上并无本质区别。

三、争论的实质:劳动法律是否应当给人力资源管理留下必要的空间

劳动法律与人力资源管理的诸多争论中,其核心问题是劳动法律是否应当为人力资源管理留出空间。相当一部分劳动法学研究者的观点,从“姓劳姓资”的角度出发,透过其所谓“人力资源管理的否定说”、“人力资源管理的肯定说”的分析方法,主张法律责任取代道德责任,实际上最终要得出劳动法律不应为人力资源管理留出空间的结论。笔者认为,劳动立法应当厘清三个关系,即道德责任与法律责任不应相互替代,公权干预与私权规范要有合理的界限,国家本位与社会本位不应混淆。

(一)道德责任与法律责任不应相互替代

“责任”一词含义广泛,是一个经济学、法学、社会学共同使用的概念。严格说来,企业社会责任只是相对经济责任来说的,法律责任是相对道德责任来说的。世界可持续发展委员会邀请60个企业界及非企业界社会团体,在一次国际会议中给出了企业社会责任一个较为正式的定义,即企业社会责任是企业承诺持续遵守道德规范,为经济发展做出贡献,并且改善员工及其家庭、当地整体社区、社会的生活品质[18]。企业社会责任在法律责任和道德责任中更应偏重后者的理解。

“道德责任”没有“法律责任”的强制效力。法律责任在法律中不仅有具体的内容和履行上的要求,而且对怠于或拒不履行也有否定性的法律评价和相应的法律补救,因此它实际上是对义务人的“硬约束”。而道德责任是未经法定化的、由义务人自愿履行相应义务且以非国家强制力的其他手段作为其履行保障的责任。它存在于社会的道德意识之中,通过人们的言行和道德评价表现出来。由于这种责任不以国家强制力为其履行保障,因而它实际上是对义务人的“软约束”,是在法律义务之外对人们提出的更高的道德要求。一般说来,道德责任并没有法律责任的强制性。例如,主动捐款,资助社区活动和红十字会事业,帮助当地政府完善义务教育和公共健康保障制度,这些并不是法律上规定的应尽义务。我国一些学者批评这是“形象工程”,其实这正是道德责任的一种约束方式。企业从关心自身的形象出发来承担社会责任,对企业、对社会都是有利无弊的。人力资源管理中提倡的员工重于利润,充分开发智力资本,对员工的使用应当与培训、开发相结合等观念都只能作为“软约束”。

企业社会责任可以说是法律责任和道德责任的统一体,在一个时期作为道德责任来考虑的内容,在另一个时期可能会成为办企业的底线而成为法律责任。理解企业社会责任是法律责任和道德责任的统一体,而且更侧重后者,对于区别“企业办社会”也是有重要意义的。社会应当营造一种较高的道德要求,要求企业来关心公益事业,但不能将这种要求完全转化为法律责任,法律责任是社会的底线要求,每个企业都必须遵守。“在社会责任的核心问题上,公司之社会责任的问题与个人之社会责任的问题,原则上并无两样。这是因为在我们的社会里,个人有权追求幸福快乐,而公司则也是以追求利益为目标的。然而,个人虽有权追求幸福快乐,但其行为仍必须符合社会行为规范的要求。同样地,虽然公司以营利为目的,但公司之行为也必须不能逾越‘社会性负责任的行为’

(socially responsible conduct)的标准。”[19]65 如果我们将道德责任全部转化为法律责任，以国家强制力去迫使企业承担社会责任，国家就可能以这种形式将自己应当承担的责任转给企业，我们也可能重新走回“企业办社会”的老路。其实这正是以上“人力资源管理的否定说”、“人力资源管理的肯定说”的要害，他们要将企业社会责任完全法律化，很大程度上是在保护劳动者、企业要承担社会责任的提法下，将企业改造成一个社会安置主体。他们所说的企业社会责任实际上是企业办社会。

（二）公权干预与私权规范要有合理的界限

常凯认为，正是 1995 年实施的《劳动法》摧毁了旧体制，导致权利真空。“1995 年至今，中国经济结构已经有很大变化，产权结构中私产已经占据相当大的地位，经营权也已市场化，中国由此形成了被所有权和经营权联合起来的利益主体和集团，他们共同面对劳动。”“旧体制不复存在，新体制下的权利没有建立，这种权利真空会导致激进行为，导致付出高昂的社会成本。”[4] 为弥补这种权利真空，这些学者主张提高劳动基准，希望通过这种方式促使政府更多介入劳动关系，来消灭这种所谓的权利真空。“劳资不成熟，公权需介入”成为这些学者的标志性观点。

笔者认为，社会空间的出现并不是什么“权利真空”，而是社会进步。劳动法只应为人力资源管理提供一个框架与底线。劳动法是私法与公法相互融合而产生出来的法律。劳动法出于保障劳动者生存利益的需要，将一部分内容规定为强制性规范，而使劳动法具有公法特征，这部分内容应当成为人力资源管理的底线性规定。劳动关系作为一种劳动力支配权与劳动报酬的交换，仍须保留任意性规范，这也使劳动法具有私法的特征。有些国家的劳动法可以是纯公法性的，只将基准法的内容放在劳动法规范，而将私法规范规定在民法的雇佣合同中。我国法律部门的划分是以社会领域为依据的，这一点与国外的劳动法不同，由此也决定了劳动法中应具有较强的私法因素。

在我国，有民法学者称“合同之精髓是当事人自由意志之汇合”[20]266。劳动法并不是要放弃这一精髓。我国台湾地区学者苏明诗指出：“各个人不分强弱、贤愚，均得以自己之意思活动，而社会之利益，亦当与其构成员之个人利益相一致，故自由竞争，应为社会之最好指导原理。故个人主义与自由主义，应届一物两面。”[21]166 罗尔斯在其《正义论》一书中指出，契约的安排体现了一种正义，契约的原则就是“作为公平的正义”，它“正是构成了一个组织良好的人类联合的基本条件”[22]。劳动法并不是要去取消这种合同自由，而是要将其限制在一定的范围。现代人力资源管理起源于 20 世纪西方主要发达国家，以美国为主，美国的劳动法律制度就是建立在“契约自由”基础上的。

当劳动法留有私法规范的空间时，劳动力支配权与劳动报酬的交换，使劳动者必须根据社会化大生产的要求，将劳动力归用人单位支配，以使他的劳动力现实地成为集体劳动要素的一个组成部分。由于劳动力和劳动者不可分割地联系在一起，因此用人单位成为劳动力的支配者，也就成了劳动者的管理者。正如恩格斯在《论权威》一书中所说的，大工厂是以“进门者放弃一切自治”为特征的。用人单位和劳动者之间必须建立一种以指挥和服从为特征的管理关系。就此，黄越钦教授提出了判断从属性的具体要素①。可见，劳动关系具有从属性是劳动关系的本质属性，人力资源管理制度也体现了这种从属性。日本的一些学者认为，劳动法“从正面承认了如前所述的雇主与劳动者之间在经济、社会方面的不平等，并企图纠正从那些不平等产生出的不正当的结果”[23]68。劳动法所要纠正的是一种由于从属关系而产生的“不正当的结果”，而不是要去改变从属性本身，这是我国

① 黄越钦将其归纳为：(1) 服从营业组织中的工作规则，如工作日、工作时间的起止等；(2) 服从指示：在劳动契存续期间，雇主有指示之权，劳工则有服从的义务；(3) 接受监督、检查：劳工有义务接受考察、检查，以确定是否遵守工作规则或雇主个人指示；(4) 接受制裁：劳工应对自己的错误行为负责，雇主有权对其进行一定制裁。参见黄越钦《劳动法新论》，(北京)中国政法大学出版社 2003 年版，第 95 页。

劳动立法应当把握的基本尺度。

以末位淘汰为例,它在美国是解雇自由的一种具体表现,也是一种完全合法的做法;法国解雇要求正当事由,这一正当事由被法律规定为"严肃的理由",末位淘汰只要构成严肃的理由也是可以解雇的。在中国原有劳动法的环境下,末位淘汰存在着争议。是因双方当事人约定合同的条件而终止呢,还是因劳动者不能胜任,用人单位解除合同呢?法官需要结合具体案件中的评价标准来进行认定,存在着一定程度的自由裁量空间,法官可以综合案件的具体情况进行判断,如果判定为前者,那么末位淘汰是合法的。如果判定为后者,用人单位须完成三次举证方可解除,即要举证证明劳动者一次不能胜任,调岗或培训,经过调岗或培训后依旧不能胜任。在后一种情况下,法官需要判断末位淘汰标准是否能作为胜任标准,如果可以,只能调岗,不能解除合同。当《劳动合同法》将约定终止条件取消时,几乎等于将末位淘汰制度淘汰了。

美国通用电气是末位淘汰制度的倡导者。前通用电气公司董事长兼CEO杰克·韦尔奇对于末位淘汰有一段评论:人们说,活力曲线是一种达尔文的"进化论"思想,有点残酷。我认为,如果不这么执行,反而是一种假慈悲。如果我们有这样一个员工系统,并且花时间在系统的信息处理上,那么每个员工都能明白自己所处的位置。奖励表现最好的20%,拥抱他们,帮助他们,确保公司不会失去他们;那些70%的员工,他们每一个都对公司至关重要,我们必须来看他们是否能进入20%的队伍;对于最后10%,直接告诉他们,及早告诉他们,这样他们可以尽早作出其他选择,离开公司,到其他不会让他们成为最差的公司去,发挥更好的作用。

笔者以为,法律只是一种底线性的规定,应当给各种人力资源管理形式留出空间。末位淘汰作为一种与市场经济相联系的机制,如果员工与管理者都抵制这种制度,市场本身将会对其进行淘汰;末位淘汰作为一种管理制度,本身还存在着运行是否规范的问题,应当相信处在司法第一线的法官、仲裁员的判断,司法在这里本身存在着纠偏机制。当我们以法律去淘汰一种奖勤罚懒的人力资源管理制度时,我们的法律可能已经出现了一些偏差,我们有可能会在"稳定劳动关系"旗帜下,放弃奖勤罚懒的市场机制。

(三)国家本位与社会本位不应混淆

在我国劳动合同立法时,中国正在经历着一个特殊的时期,部分弱势群体由于没有分享到改革的红利而存在不满情绪,社会上出现了一种利用这种不满情绪否定改革的思潮[①]。我国一些劳动法研究者,在保护劳动者的旗帜下,强调加强国家管制,混淆了国家本位与社会本位的界限。

我们考察任何一个法律部门,确定其调整对象、范围等问题时,都应当有一个出发点,或者说"本位思想",这是权利义务观念的重心所在。这种"本位思想"通常是由法律所体现的利益所决定的。劳动法是社会法的组成部分,而社会法是以维持社会弱势主体的生存及其福利的增进为目的而形成的,强调社会本位。社会利益应当与某些弱势群体相联系,在这一点上,大部分学者都是较为认同的,区别在于一些学者将社会利益与公共利益直接等同,并认为后者只能直接由国家代表,因此得出弱者利益应当完全依赖国家保护的结论,从而滑向国家本位。

理解社会本位中"社会"的特点应当把握三个界限:当把"社会"与国家(政府)、私人(自然人、家庭、法人等个体)相并列时,"社会"则有非国家(政府)、非个人和公众的含义,如社会团体;当把"社会"与政治、经济等并列使用时,"社会"则有非政治、非经济的含义;当把私人(个人)利益与公共

① 本文成稿之际,恰逢胡锦涛在中央党校省部级干部进修班的讲话发表,"继续解放思想,坚持改革开放,推动科学发展,促进社会和谐"的讲话表明了中国领导人对中国发展方向的基本态度。

利益并列时，“社会”则有非私人（个人）和非公共的含义。

需要强调的是，社会法所关注的社会利益就其本性而言，并不是一种公共利益，而是一种个人利益，例如，在雇佣关系中雇主与雇工的利益，富人与穷人的利益等等。在这种社会关系中，一方往往处于弱势地位，难以主张其利益。而处于强势地位的主体则会充分利用这种有利的法律地位，维护自身的个体利益。“利益就其本性来说是盲目的、无止境的、片面的，一句话，它具有不法的本能。”[24]183 个人利益的过分张扬，往往会造成社会的不稳定，乃至整个社会经济秩序的破坏。法律的利益平衡功能表现在对于各种利益的重要性作出估量，并为协调利益冲突提供标准和方法，从而使利益得以重整。社会利益正是通过劳动法等一些制度，将微观利益提升为中观利益而形成的特殊利益，从而形成社会本位。

劳动法所确立的社会领域，可以说是私域与公域之间的一个弹性空间。正是这种市场与国家之间的互动关系，导致第三法域的形成。劳动法中劳动基准法是国家的有形之手，越过公域界限，实现底线控制，保护劳动者最基本的生存利益，具有公法性；劳动合同使个人的利益提升出私域界限，保障劳动者“用脚投票”权，具有私法性；一种更为先进的认识是以团体社会为目标来理解集体合同中“用手投票”权，从长远看，它更能体现社会法所具有的社会性和团体性的特点。这一领域不能完全为国家的行政管理所替代。社会法以社会利益为终极关怀，追求公正、效率，以达到社会利益的最大化。个人本位关注抽象的人格平等而忽视具体的人格不平等。与之相反，社会本位同时看到了人格的抽象平等和具体不平等，关注社会利益，并在协调好个人利益与社会利益的基础上，保障弱势群体利益，并进而实现对个体利益的推动。

目前我国社会团体并不发达，于是有人主张以公权力来填补这一空间，这是不恰当的。国家作为唯一的行政垄断力量，无论是劳动者、企业、社会团体都没有能力与之抗衡。当国家权力被理解为可以通过“单位”这一中介环节，随时无限制地侵入和控制社会每一个领域时，国家必然直接面对民众，社会空间几乎不存在了，整个社会被国家化了，我们也就重回到了旧体制。“一切有权力的人都容易滥用权力，这是万古不易的一条经验。有权力的人们使用权力一直到遇有界限的地方才休止。”[25]154 将中国改革进退全系于政府不受约束的行为之上，会形成政治与经济之间的深刻矛盾。公共选择学派认为个人不仅在经济市场上是自利的“经济人”，而且在政治市场上也是关注自身权力和利益最大化的“经济人”[26]50-51，他们倾向于利用手中的职权进行寻租（rent-seeking）。从这个角度说，政府并不比其他机构更圣洁、更正确，政府的缺陷至少和市场的缺陷一样严重。里根在竞选的时候曾经讲过一句名言：“政府不是解决问题的方案，政府就是问题本身。”[27] 当然，谁都不能否认，对于一个国家和社会，政府是必须要有的，但正如一些经济学家所说，“如果一个国家劳动市场变得非常的僵化，人们把保护劳工的希望都寄托于政府，而不是相信市场力量的时候，这个国家的经济要健康发展几乎是不可能的”①。

一个健康的社会应当是国家以公权力介入的方式，守住劳动者的生存利益。同时，劳动者还可以通过组织工会等形式依靠集体的力量争取自身的权益。通过工会的集体行动，劳动者保持着“用

① “另外值得担忧的是，好多违反市场原则的政策不断出现，加上舆论的推动，使我们的经济在往前的时候有很大的脆弱性，如果处理不当的话，说停下来也就停下来了。举一个很简单的例子，关于劳动合同法的修订，按照现在的版本的话，会对中国的经济发展带来非常严重的不利后果。有个搞人力资源的资深人士讲，如果新的劳动法实施的话，就没有什么人力资源管理了。因为企业的解雇自由基本上就没有了。如果一个国家劳动市场变得非常的僵化，人们把保护劳工的希望都寄托于政府，而不是相信市场力量的时候，这个国家的经济要健康发展几乎是不可能的。但劳动部门不管你的企业搞得好不好。按照这个规定，工会的权力大了，劳动部门的权力大了，动不动就仲裁，动不动查你的账，打的幌子是保护工人利益，保护弱势群体，实际上是在寻租。这有点像欧洲的一些福利国家，深究起来他们的劳动制度有很大的问题。如果我们把这些东西引进我们的国家，后果可能非常严重。因为我们没有他们那样的本钱来运行那样的制度。”参见岑科《专访张维迎：什么改变中国》，《权衡》2006 年第 10 期。

手投票”的权利,必要时甚至可以通过罢工等形式反映自己的要求。从劳动关系的调整机制上看,“劳动关系斗争”与以企业社会责任为核心的“人力资源管理”之间存在着一定的竞争,在人力资源管理较为发达的国家和地区,工会组建率往往较低。企业社会责任甚至已经对传统的劳资阶级斗争模式提出了挑战。这种挑战可从工会组建率在世界范围的显著下降中窥见一斑。企业社会责任的发展正使劳资从对立走向和谐。就我国来说,人力资源管理制度的不发达与缺乏劳动者“用手投票”这种纠偏机制有着密切的关系。劳动者应该进一步完善自身利益维权的动力机制,通过工会力量的增强,来与人力资源管理形成良性竞争。对于这个社会空间的存在,不应该由国家力量来进行替代,任何对于这个社会空间的国家替代都只能窒息这个空间。可见,劳动立法不应该堵塞企业人力资源管理的空间,而应该通过完善企业社会责任和“用手投票”的制度来规范这个空间的发展。

可见,劳动法律与人力资源管理的讨论,其实最终落脚为国家是否应当为企业管理保留必要的空间。《劳动合同法》数易其稿,四次审议,每次都有进步。但受上述讨论的影响,《劳动合同法》仍使人力资源管理的空间受到了相当程度的压缩,使劳动关系出现了凝固化、书面化、标准化和行政化的特点,用人单位的人力资源管理面临严峻考验。笔者以为,企业的“冬天”未必就是劳动者的“春天”,劳动法律与人力资源管理和谐共存才是劳动关系和谐的基础。

[参 考 文 献]

[1] 董保华:《锦上添花抑或雪中送炭——析〈中华人民共和国劳动合同法(草案)〉的基本定位》,《法商研究》2006年第3期,第46-53页。[Dong Baohua, "More Flowers on the Brocade or Fuel in Snowy Weather: On the Basic Orientation of 'Employment Contract Law of PRC (Draft)'," *Studies in Law and Bussiness*, No.3 (2006), pp.46-53.]

[2] 刘诚:《论劳动合同立法的指导原则》,《上海师范大学学报(哲学社会科学版)》2007年第2期,第30-35页。[Liu Cheng, "Towards the Guiding Principles of Labor Contract Legislation," *Journal of Shanghai Normal University (Philosophy & Social Sciences Edition)*, No.2 (2007), pp.30-35.]

[3] 黄越钦:《劳动法新论》,北京:中国政法大学出版社,2003年。[Huang Yueqin, *New Theory on Labor Law*, Beijing: China University of Political Science and Law Press, 2003.]

[4] 汪伟:《常凯:“劳资不成熟,公权需介入”》,《新民周刊》2006年第21期,第18-21页。[Wang Wei, "Chang Kai Says: Public Right should Intervene while Labor Relation is Immature," *Xinmin Weekly*, No.21 (2006), pp.18-21.]

[5] 郭晋晖:《〈劳动合同法〉争论继续:谁真正代表工人利益》,《第一财经日报》2006年4月7日,第A8版。[Guo Jinhui, "'Employment Contract Law' Discussions Go on: Who is on Behalf of Workers," *First Financial Daily*, 2006-04-07, p.A8.]

[6] 常凯:《劳权保障——社会主义市场经济题中之义》,《中国劳动》2004年第1期,第25-27页。[Chang Kai, "Safeguarding Workers' Rights: Necessary for Socialist Market Economics," *China Labor*, No.1 (2004), pp.25-27.]

[7] 常凯:《劳权论——当代中国劳动关系的法律调整研究》,北京:中国劳动社会保障出版社,2004年。[Chang Kai, *Theory of Workers' Rights: Research on the Legal Regulation of Labor Relations in Contemporary China*, Beijing: China Labor and Social Security Publishing House, 2004.]

[8] 常凯:《关于〈劳动合同法〉立法的几个基本问题》,《当代法学》2006年第6期,第31-34页。[Chang Kai, "Several Basic Issues on Labor Contract Legislation," *Contemporary Law*, No.6 (2006), pp.31-34.]

[9] 刘诚:《全球化背景下的劳动法危机及其对策》,2006年10月27日,http://www.ldbzjy.com.cn/html/lunwenjijin/2006/1027/3203.html,2007年4月23日。[Liu Cheng, "Labor Crises and Tactics on the Global Background," 2006-10-27, http://www.ldbzjy.com.cn/html/lunwenjijin/2006/1027/3203.html, 2007-04-23.]

[10] 阿计：《劳动合同法：倾斜才有平衡》，《工人日报》2006 年 7 月 10 日，第 5 版。[A Ji，"Labor Contract Law：Inclination before Balance，" *Worker Daily*，2006－07－10，p.5.]

[11] 王全兴：《劳动合同立法争论中需要澄清的几个基本问题》，《法学》2006 年第 9 期，第 19－28 页。[Wang Quanxing，" Several Basic Issues Need to be Clarified in Discussion of Labor Contract Legislation，" *Legal Science*，No.9(2006)，pp.19－28.]

[12] 董克用、叶向峰：《人力资源管理概论》，北京：中国人民大学出版社，2004 年。[Dong Keyong & Ye Xiangfeng，*Outline on Human Resources Management*，Beijing：China Renmin University Press，2004.]

[13] 卢福财：《人力资源管理》，北京：高等教育出版社，2006 年。[Lu Fucai，*Human Resources Management*，Beijing：Higher Education Press，2006.]

[14] [英]约翰·布里顿、杰弗里·高德：《人力资源管理——理论与实践》，徐芬丽等译，北京：经济管理出版社，2005 年。[J. Bilton & J. Godfrey，*Human Resources Management：Theory and Practice*，trans. by Xu Fenli，et al，Beijing：Economics Management Press，2005.]

[15] 杨顺勇、王学敏、查建华：《人力资源管理》，上海：复旦大学出版社，2007 年。[Yang Shunyong，Wang Xuemin & Zha Jianhua，*Human Resources Management*，Shanghai：Fudan University Press，2007.]

[16] [美]加里·德斯勒：《人力资源管理精要》，北京：中国人民大学出版社，2004 年。[G. Dessler，*Prime Human Resources Management*，Beijing：China Renmin University Press，2004.]

[17] 常凯：《将企业社会责任运动纳入我国的劳动法制轨道》，《中国党政干部论坛》2004 年第 3 期，第 25－28 页。[Chang Kai，"Channel Enterprise Social Responsibility Movement into Legal System of Chinese Labor Laws，" *Forum of Chinese Party and Government Cadre*，No.3(2004)，pp.25－28.]

[18] 王鲜萍：《解读"企业社会责任"》，《上海企业》2004 年 7 月，第 21－23 页。[Wang Xianping，"Analysis on Enterprise Social Responsibility，" *Shanghai Enterprise*，July 2004，pp.21－23.]

[19] 刘连煜：《公司与公司社会责任》，北京：中国政法大学出版社，2001 年。[Liu Lianyu，*Corporation and Corporation's Social Responsibility*，Beijing：China University of Political Science and Law Press，2001.]

[20] 王家福：《民法债权》，北京：法律出版社，1991 年。[Wang Jiafu，*Credit in Civil Law*，Beijing：Law Press，1991.]

[21] 郑玉波：《民法债编论文选辑》上册，台北：五南图书出版有限公司，1984 年。[Zheng Yubo，*Selected Essays on Credit Section in Civil Law*(Ⅰ)，Taipei：Wunan Book Inc.，1984.]

[22] [美]罗尔斯：《正义论》，何怀宏、何包钢、廖申白译，北京：中国社会科学出版社，1988 年。[Rolls，*A Theory of Justice*，trans. by He Huaihong，He Baogang & Liao Shenbai，Beijing：China Social Sciences Press，1988.]

[23] [日]星野英一：《私法中的人》，王闯译，北京：中国法制出版社，2004 年。[Yoshikazu Hoshino，*The Person in Private Law*，trans. by Wang Chuang，Beijing：China Legal Publishing House，2004.]

[24] 中央编译局：《马克思恩格斯全集》第 1 卷，北京：人民出版社，1972 年。[Central Compilation & Translation Bureau，*Complete Works of Marx and Engels：Vol.1*，Beijing：People's Publishing House，1972.]

[25] [法]孟德斯鸠：《论法的精神》，张雁深译，北京：商务印书馆，1961 年。[Monte-Squieu，*On Spirit of Law*，trans.by Zhang Yanshen，Beijing：The Commercial Press，1961.]

[26] 汪翔、钱南：《公共选择理论导论》，上海：上海人民出版社，1993 年。[Wang Xiang & Qian Nan，*The Introduction of Public Selection Theory*，Shanghai：Shanghai People's Publishing House，1993.]

[27] 袁晓明：《不妨学学美国保守派》，《环球时报》2007 年 8 月 9 日，第 5 版。[Yuan Xiaoming，"We May as Well Learn from American Conservatives，" *Global Times*，2007－08－09，p.5.]